

rogeant à uneloi d'ordre public, la loi qui oblige les époux à habiter ensemble (arg., art. 6). A une époque quelconque l'un des époux pourra donc refuser d'exécuter la convention et réclamer les droits que lui confère son titre d'époux.

### N° 3. Du devoir d'assistance.

**593.** L'assistance consiste dans les soins personnels que l'un des conjoints doit à l'autre en cas de maladie. *Assistance* vient de *sistere ad*. Comme on l'a fort bien dit, le secours vient de la bourse, *ex arca*; l'assistance vient du cœur, *ex virtute*. — Le refus d'assistance pourrait, suivant les cas, constituer une injure grave, susceptible de servir de base à une demande en séparation de corps.

### § II. Des devoirs particuliers à chaque époux.

**594.** « *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* » (art. 213). Le mariage constitue une société. Dans toute société il faut un chef; la loi donne ce titre au mari, *vir caput est mulieris*. De là le devoir d'obéissance imposé à la femme : « *Mulieres viris suis subdite sint* », dit saint Paul. Mais en retour de l'obéissance qu'il peut exiger de sa femme, le mari lui doit protection, et le législateur nous indique ainsi que la femme est vis-à-vis de son mari une alliée et non une esclave. Pour être d'une autre nature que celui de l'époux, le rôle de l'épouse dans l'association conjugale n'est pas moins important. Au mari la conduite et le souci des affaires, la gestion des intérêts communs, le soin de subvenir par son travail aux nécessités du présent et aux exigences de l'avenir. A la femme la direction du ménage, l'emploi des ressources destinées aux dépenses de la maison, le soin d'élever les enfants.

Le devoir d'obéissance entraîne comme corollaire pour la femme l'obligation d'habiter avec son mari et l'incapacité d'accomplir les actes de la vie civile sans autorisation.

### N° 4. De l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari, et à celui-ci de recevoir sa femme.

**595.** « *La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* » (art. 214).

L'article 108 nous a dit que la femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari; notre article dispose qu'elle ne doit pas non plus avoir d'autre résidence.

Obligée d'habiter avec son mari, la femme doit nécessairement « le suivre partout où il juge à propos de résider ». Mais voilà le mari qui veut aller habiter en pays étranger, la femme devra-t-elle l'y accompagner? Le projet du Code civil ne l'y obligeait pas; il portait : « Si le mari voulait quitter le sol de la République, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le Gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant résidence ». Cette disposition fut supprimée dans la rédaction définitive de la loi, sur cette observation du premier Consul que l'obligation pour la femme de suivre son mari est générale et absolue. Attachée à son mari par le lien le plus étroit qui puisse unir deux êtres, la femme doit partager sa fortune et suivre sa destinée.

La règle qui oblige la femme à habiter avec son mari souffre trois exceptions :

1° Lorsque le mari veut mener une vie errante et vagabonde sans jamais se fixer nulle part. La loi dit que la femme doit suivre son mari « partout où il juge à propos de résider ». Donc il faut que le mari juge à propos de résider, c'est-à-dire de se fixer quelque part.

2° Lorsque l'émigration est défendue par une loi politique. Si le mari viole cette loi en allant se fixer en pays étranger, il ne peut pas forcer sa femme à la violer avec lui.

3° Si le mari n'offre pas à sa femme un logement convenable eu égard à ses facultés et à son état, ou s'il y exerce quelque profession déshonnête. En effet, l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari est corrélatrice à l'obligation pour celui-ci de la recevoir d'une manière digne d'elle. Si le mari ne remplit pas cette obligation, la femme ne peut pas être tenue de remplir la sienne.

**596.** Quelle est la sanction des obligations corrélatives imposées au mari et à la femme par l'article 214 : obligation pour la femme d'habiter avec son mari, obligation pour celui-ci de la recevoir et de la traiter maritalement? La loi est restée muette sur ce point. De là des difficultés.

On invoque en général la discussion qui s'est produite au Conseil d'État pour soutenir que, dans le silence de la loi, le juge a un pouvoir discrétionnaire sur le choix des moyens tendant à assurer l'observation de la loi. « Toutes ces difficultés, a dit Boulay, doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances ». — Il faut s'entendre. Si l'on veut dire que, dans le silence de la loi, l'exécution des obligations imposées par l'article 214 peut être assurée par les moyens que le Droit commun autorise eu égard à la nature spéciale de ces obligations, rien de plus vrai. Mais si l'on veut dire que le juge jouit ici d'un arbitraire sans limites, cette prétention paraîtrait tout à fait inadmissible. Quelqu'un voudrait-il par exemple reconnaître au juge le droit d'ordonner que la femme qui a déserté le domicile conjugal sera enfermée dans un monastère jusqu'à ce qu'elle consente à le réintégrer? ou que tous les biens de la femme seront vendus au profit du mari si elle ne consent pas à repren-

dre la vie commune? Ce seraient pourtant là des moyens indirects et très-efficaces d'assurer l'exécution de l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari!

Sous le bénéfice de cette observation, voyons les divers moyens qui ont été proposés, soit en ce qui concerne la femme pour la forcer à réintégrer le domicile conjugal, soit en ce qui concerne le mari pour le forcer à recevoir sa femme.

**597. a).** *En ce qui concerne la femme*, on est à peu près d'accord en doctrine et en jurisprudence pour admettre que le mari a le droit de lui refuser tout secours pécuniaire, tant qu'elle persiste à demeurer éloignée du domicile conjugal; il l'y ramènera ainsi quelquefois en la prenant en quelque sorte par la famine. La légalité de ce moyen n'est pas contestable; car l'obligation imposée au mari de fournir à sa femme tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état, est corrélatrice à l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari; si elle s'y refuse, le mari est en droit de lui refuser de son côté les choses nécessaires à la vie; il ne les lui doit qu'au domicile conjugal.

Le moyen qui vient d'être indiqué sera inefficace, si la femme est séparée de biens soit contractuellement soit judiciairement, cas auquel elle administre elle-même ses biens personnels et touche ses revenus qui peuvent lui procurer des ressources suffisantes pour vivre. Il le sera encore lorsque la femme reçoit un asile ou des secours pécuniaires, soit de sa famille, soit même peut-être hélas! d'un étranger. Alors s'offrent les moyens suivants dont la légalité et quelquefois l'efficacité même sont assez douteuses.

On a proposé d'abord la saisie des revenus de la femme opérée par le mari avec autorisation de la justice; c'est un moyen, dit-on, de couper les vivres à la femme et de la forcer indirectement à rentrer au domicile conjugal. Il est incontestable que le mari peut avoir recours à ce moyen, et même saisir au besoin la propriété des biens de la femme, pour obtenir le paiement des sommes que celle-ci serait tenue, d'après le contrat de mariage, de verser entre les mains de son mari pour sa part contributive dans les dépenses du ménage (arg., art. 4448, 4537 et 4575). Mais qu'il puisse, en dehors de cette limite, obtenir de la justice l'autorisation de saisir tous les revenus des biens personnels de la femme comme moyen de contrainte indirect pour la ramener au domicile conjugal, c'est fort difficile à admettre; car d'après le Droit commun la saisie suppose une créance, et ne peut être exercée que dans la mesure de cette créance. A ce compte, pourquoi ne pas autoriser le mari à faire vendre tous les biens de la femme et à s'en attribuer le prix? La jurisprudence admet cependant l'emploi de ce procédé et d'un autre qui lui ressemble beaucoup et qui consiste à ordonner le séquestre des biens de la femme jusqu'à ce qu'elle ait réintégré le domicile conjugal.

Un autre moyen, préconisé par certains auteurs et appliqué par quelques décisions judiciaires, consiste dans la condamnation de la femme récalcitrante à des dommages-intérêts envers son mari tant par chaque jour de retard qu'elle mettra à réintégrer le domicile conjugal. On ne peut s'empêcher de sourire à l'idée d'un mari qui veut faire escompter en argent la possession de sa femme. Comme s'il y avait là un préjudice susceptible d'une évaluation pécuniaire! Il faut appeler les choses par leur

nom. Sous couleur de dommages et intérêts, c'est une véritable amende qu'on prononce contre la femme. Est-ce par application de la règle *Nulla poena sine lege*?

Il reste enfin le moyen suprême de la force publique. Comme dernière ressource, dit-on, le mari se fera autoriser par la justice à reconquérir sa femme *manu militari*, car force doit rester à la loi. La force publique peut être mise à la disposition du propriétaire qui veut se faire mettre en possession de sa chose injustement détenue par un tiers; pourquoi le mari ne pourrait-il pas se faire mettre par le même moyen en possession de sa femme? On pourrait tout d'abord répondre: parce que la femme n'est pas une chose. Mais il y a une réponse plus topique: c'est que le moyen employé n'est pas en rapport avec le but qu'il s'agit d'obtenir. Que demande le mari? L'exécution de l'obligation, dont sa femme est tenue, d'habiter avec lui. Or l'obtiendra-t-il par l'emploi de la force publique? Non; car tout le monde admet que le mari, une fois en possession de sa femme, n'a pas le droit de la tenir en chartre privée: ce serait la soumettre à une véritable contrainte par corps, et la contrainte par corps n'est possible que dans les cas exprimés par la loi (art. 2063). Il faudra donc rendre la liberté à la femme aussitôt qu'elle sera rentrée au domicile conjugal, et le plus souvent elle s'empressera d'en user et de retourner d'où elle vient, de sorte que l'emploi de la force publique aura causé un scandale inutile. On dit, il est vrai, que dans certains cas l'emploi de ce moyen offrira quelques chances de succès; peut-être la femme est-elle dominée par de mauvaises influences auxquelles elle n'a pas la force de se soustraire; une fois qu'elle en sera affranchie, il est possible qu'elle revienne à de meilleurs sentiments. Que l'on interroge la pratique, et l'on verra combien de fois ce moyen a réussi! Quoi qu'il en soit, une jurisprudence constante en autorise l'emploi.

**598. b).** *En ce qui concerne le mari qui refuse de recevoir sa femme*, il paraît certain que les tribunaux pourraient le condamner, sur la demande de la femme, à payer à celle-ci une pension alimentaire. C'est bien le moins, si le mari refuse de recevoir sa femme dans son domicile et de lui fournir en nature, comme il y est tenu, toutes les choses nécessaires à la vie suivant ses facultés et son état, qu'il puisse être condamné à lui fournir l'équivalent sous forme de pension alimentaire.

Quant au point de savoir si le juge peut autoriser la femme à recourir à la force publique pour se faire ouvrir les portes de l'habitation de son mari, la question est connexe à celle qui vient d'être étudiée relativement à la femme et doit être résolue d'une manière analogue.

Ceux qui admettent l'emploi des diverses mesures plus ou moins arbitraires dont il vient d'être parlé, soit en ce qui concerne la femme, soit en ce qui concerne le mari, reconnaissent que cet emploi est subordonné à l'autorisation préalable de la justice. Cette autorisation ne doit être accordée qu'après que l'époux récalcitrant a été mis en demeure par une sommation de remplir son obligation et sur son refus.

## N° 2. De l'incapacité de la femme mariée.

**599.** L'incapacité dont il s'agit est la seconde conséquence de la puissance maritale et du devoir d'obéissance qu'elle impose à la femme. Elle consiste en ce que la femme ne peut pas en principe valablement accomplir les divers actes juridiques sans une autorisation, qui régulièrement doit émaner du mari. L'incapacité de la femme mariée diffère

donc grandement de celle du mineur ou de l'interdit, qui ne peuvent accomplir par eux-mêmes les actes de la vie civile : le mineur et l'interdit ont un représentant légal, le tuteur, qui agit en leur lieu et et place; la femme mariée agit elle-même, mais pour agir valablement elle doit être autorisée.

L'incapacité de la femme ne tient pas à son sexe. La preuve en est qu'en dehors du mariage la loi reconnaît à la femme la même capacité qu'à l'homme : avant d'être mariée, comme après qu'elle a cessé de l'être, la femme, si d'ailleurs elle est majeure et non interdite, est capable de tous les actes civils. Dans l'ancien Droit romain, où les femmes étaient considérées comme incapables à raison de leur sexe, on les soumettait à une tutelle perpétuelle, et c'était logique.

Le mariage est donc la cause de l'incapacité de la femme.

Mais comment expliquer ce résultat? Comment se fait-il que la femme, qui est capable avant le mariage et après sa dissolution, cesse de l'être pendant le mariage, comme si ce fait produisait pour elle une sorte de *capitis deminutio*? L'explication, qui se présente le plus naturellement à l'esprit, consiste à dire que la femme se soumet en se mariant à l'autorité d'un maître. Tenue vis-à-vis de lui du devoir d'obéissance, elle ne doit pouvoir rien faire sans son aveu. De là la nécessité, quand elle veut accomplir un acte juridique, d'obtenir l'autorisation qui nous apparaît ainsi comme un hommage rendu à la puissance maritale.

Mais ce n'est pas là l'unique fondement de l'incapacité de la femme mariée. Autrement on ne s'expliquerait pas qu'un mari mineur ne pût pas autoriser sa femme (art. 224), car le mari mineur est investi de la puissance maritale, tout comme le mari majeur; dans notre ancien Droit où l'incapacité de la femme mariée avait pour unique fondement la puissance maritale, on ne faisait pas de difficulté pour reconnaître au mari mineur le droit d'autoriser sa femme. On ne s'expliquerait pas non plus que la femme pût se prévaloir de la nullité résultant du défaut d'autorisation (art. 225), le mari devrait seul avoir ce droit. Aussi faut-il reconnaître que l'autorisation maritale est en outre requise dans l'intérêt de la femme et comme mesure de protection pour elle. Il resterait à expliquer comment le législateur, qui juge inutile d'accorder à la femme une protection particulière à raison de son sexe quand elle est fille ou veuve, juge cette protection utile et nécessaire quand elle est mariée. Il a considéré peut-être la protection comme plus nécessaire pour la femme mariée que pour la fille ou pour la veuve, parce que les mille soins qu'entraînent pour la femme mariée les préoccupations du ménage la rendent en réalité moins apte aux affaires que la fille ou la veuve. D'ailleurs les intérêts de la femme mariée sont aussi ceux de la famille fondée par le mariage et dont le mari est le chef; à ce titre encore son intervention a pu paraître nécessaire.

En résumé, la nécessité de l'autorisation maritale paraît être dans notre Droit une sanction de la double obligation consacrée par l'article 214 : obligation pour la femme d'obéir à son mari, obligation pour le mari de protéger sa femme; ou en d'autres termes l'autorisation du mari est exigée comme conséquence de la puissance maritale et comme garantie des intérêts de la femme et de la famille.

600. L'incapacité de la femme mariée commence avec le mariage et ne finit qu'avec lui. Elle survit donc à la séparation de biens judiciaire (art. 217), et même à la séparation de corps dont l'article 217 n'a pas parlé, parce qu'à l'époque où cet article a été décrété on ne savait pas encore si elle serait admise dans notre loi.

L'incapacité de la femme mariée existe, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. Toutefois ce régime n'est pas sans influence sur l'incapacité de la femme telle qu'elle est déterminée par les textes que nous allons étudier, en ce sens qu'il peut suivant les cas l'augmenter ou la diminuer.

#### I. Quelle est l'étendue de l'incapacité de la femme mariée.

601. L'incapacité de la femme mariée est générale. Elle s'applique en principe à tous les actes juridiques, non-seulement aux actes judiciaires, c'est-à-dire aux instances, mais aussi aux actes extrajudiciaires.

##### A. De l'incapacité de la femme mariée quant aux actes judiciaires.

602. « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens » (art. 215).

L'expression « ester en jugement, » qui signifie : se présenter devant la justice, plaider, soit en demandant, soit en défendant, est une traduction inexacte des mots latins *stare in judicio*. Le mot *judicium* est pris ici dans le sens d'instance et non pas de jugement; il aurait donc fallu dire *ester en justice* et non *ester en jugement*.

Ce n'est pas le seul reproche qu'on puisse adresser à notre article. Il formule un non-sens, quand il dit que l'incapacité d'ester en justice s'applique même à la femme non commune, c'est-à-dire à la femme mariée sous le régime de non communauté. En effet ce régime étant de tous celui, sous lequel la femme a le moins de droits, il était évident que le principe de notre article devait s'appliquer surtout à la femme non commune. Au contraire notre article a raison de dire que le principe s'applique même à la femme séparée de biens (par contrat ou par jugement, *lex non distinguit*); car la séparation de biens, contractuelle ou judiciaire, conférant à la femme des droits fort étendus, on aurait pu penser que l'incapacité d'ester en justice cesserait alors pour elle, au moins dans certains cas.

D'ailleurs l'incapacité édictée par notre article étant formulée dans les termes les plus généraux, on doit en conclure que cette incapacité a lieu :

1<sup>o</sup> *Quelle que soit la juridiction saisie.* — Ainsi la femme a besoin d'autorisation pour plaider, même en justice de paix.

\* L'autorisation maritale est-elle nécessaire à la femme pour le préliminaire de conciliation? Oui; mais ce n'est pas en vertu de ce principe qu'elle ne peut ester en justice sans autorisation, car le préliminaire de conciliation n'est pas une instance; c'est en vertu de cet autre principe que les parties, qui figurent au préliminaire de conciliation, doivent être capables de transiger, puisque ce préliminaire n'a de sens qu'autant qu'il peut aboutir à une transaction. Or la femme mariée n'est capable de transiger qu'avec l'autorisation de son mari.

2<sup>o</sup> *Quel que soit le rôle de la femme dans l'instance.* — Donc aussi bien lorsqu'elle est défenderesse que lorsqu'elle est demanderesse.

3<sup>o</sup> *Quel que soit l'adversaire de la femme, fût-ce le mari.*

\* Si la femme est défenderesse au procès, elle doit être tenue pour autorisée tacitement par cela seul que son mari l'attaque. Si elle est demanderesse, son mari est considéré comme l'autorisant tacitement à plaider, par cela seul qu'il accepte le débat et conclut sur le fond. En ce sens Civ. Rej., 48 mars 1878, Sir., 78. 4. 493. En vain l'on objecterait qu'aux termes de l'article 217 l'autorisation tacite ne peut résulter que du concours du mari dans l'acte, car cet article ne parle que des actes extra-judiciaires.

4<sup>o</sup> *Quelle que soit la nature ou l'objet de la contestation qui amène la femme devant les tribunaux.*

L'autorisation serait nécessaire à la femme pour ester en justice, alors même qu'il s'agirait d'une contestation relative à un acte qu'elle a valablement accompli, soit parce qu'elle y était autorisée, soit parce qu'elle avait le droit de le faire sans autorisation. De ce qu'elle est capable pour accomplir un acte, il n'en résulte pas qu'elle soit capable pour plaider sans autorisation spéciale sur les contestations auxquelles cet acte peut donner lieu. Ainsi la femme séparée de biens par contrat ou par jugement peut faire sans autorisation tous les actes relatifs à l'administration de ses biens (art. 1449 et 1536); ce qui n'empêche pas que, si une contestation s'élève au sujet d'un acte de ce genre valablement accompli par la femme, elle ne pourra pas ester en justice sans autorisation. De même la femme autorisée à faire le commerce peut accomplir sans autorisation spéciale tous les actes qui concernent son commerce, et cependant il lui faudra une autorisation spéciale pour plaider sur les contestations auxquelles ces actes donneront lieu. La raison en est que les procès ont toujours une certaine gravité, et à ce titre ils ont pu paraître nécessiter une protection particulière.

5<sup>o</sup> L'autorisation est nécessaire à la femme, non seulement pour plaider en première instance, mais aussi pour plaider en appel; à plus forte raison pour se pourvoir en cassation ou pour agir par voie de requête civile.

Il y a toutefois sur ces divers points quelque doute.

On est d'accord pour décider que, si l'autorisation a été limitée à un certain degré de juridiction, la femme, a besoin d'une autorisation nouvelle pour en aborder une autre. Ainsi la femme, autorisée à plaider en première instance, aura besoin d'une autorisation nouvelle pour plaider en appel.

On admet aussi en général que, si l'autorisation de plaider a été donnée à la femme dans les termes les plus étendus, si par exemple elle a été autorisée à suivre le procès jusqu'à la fin et à épuiser activement ou passivement toutes les voies de

recours, elle n'aura pas besoin d'une nouvelle autorisation pour plaider en appel ou en cassation.... Et toutefois ce point est déjà plus douteux; car on pourrait bien contester, et on a effectivement contesté, qu'une autorisation donnée dans des termes aussi larges pût être considérée comme satisfaisant à la condition de la *spécialité*. Chaque phase du procès, appel, pourvoi en cassation... constitue une instance nouvelle, et la règle de la spécialité de l'autorisation semble bien nécessiter une nouvelle autorisation pour chacune de ces instances.

Mais la question devient beaucoup plus délicate, si la femme a été simplement autorisée à plaider dans telle affaire, sans autre explication. On pourrait dire que l'autorisation, par cela même qu'elle n'est pas limitée à un certain degré de juridiction, est générale et s'applique à toutes les phases du procès. Mais outre que, dans cette hypothèse comme dans la précédente, la règle de la spécialité de l'autorisation semble exiger une autorisation nouvelle pour chaque phase du procès, est-il bien vrai de dire que le mari, qui autorise à plaider dans telle affaire, entend donner une autorisation sans limites? Le contraire n'est-il pas tout aussi probable, plus probable même peut-être? En tout cas dans le doute ne doit-on pas être porté à incliner dans le sens de l'autorisation la moins étendue, conformément à la règle *In obscuris quod minimum est semper sequimur*? Telle pourrait être en effet l'opinion la plus plausible. La doctrine est divisée, et la jurisprudence incertaine. La Cour de cassation a décidé dans deux arrêts récents (22 janvier 1879, Sir., 79. 4. 252, et 25 février 1879, Sir., 79. 4. 273) que la femme autorisée à ester en justice a besoin d'une nouvelle autorisation pour interjeter appel du jugement qui la condamne, mais non pour défendre à l'appel du jugement qu'elle a obtenu en première instance.

Il est de jurisprudence que l'autorisation peut être donnée utilement à la femme pendant le cours de l'instance, et même que l'autorisation donnée à la femme d'interjeter appel couvre la nullité de la procédure antérieure.

**603.** La règle que la femme ne peut pas ester en justice sans l'autorisation de son mari (sauf à faire suppléer s'il y a lieu cette autorisation par celle de la justice), souffre un certain nombre d'exceptions. La Cour de cassation a raison d'établir en principe qu'il n'y en a pas d'autres que celles qui résultent d'un texte formel. *Exceptio est strictissime interpretationis.*

La première exception est écrite dans l'article 878 du Code de procédure civile, duquel il résulte que la femme qui veut plaider en séparation de corps contre son mari, soit en qualité de demanderesse, soit en qualité de défenderesse, doit être autorisée par le *président du tribunal*.

L'article 865 du Code de procédure civile formule une exception du même genre en ce qui concerne la femme demanderesse en séparation de biens.

On remarquera que dans ces deux premiers cas la femme doit être autorisée par le président du tribunal et non par le tribunal, et qu'elle n'a pas besoin de mettre préalablement son mari en demeure de l'autoriser. Ce sont autant de dérogaions au Droit commun.

Une seconde exception résulte de l'article 216, ainsi conçu : « *L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police* ».

*En matière criminelle ou de police. Ajoutez : ou en matière correctionnelle.*

Quel est le fondement de l'exception qui nous occupe ? Il est bien évident que le cours de la justice ne peut pas être arrêté par le défaut d'autorisation de la femme contre laquelle des poursuites criminelles sont dirigées. Et comme d'un autre côté il n'est pas admissible que le défaut d'autorisation puisse en aucun cas priver une femme qui est accusée du droit de se défendre devant la justice, et que d'ailleurs en matière *criminelle* la présence de l'accusé aux débats est obligatoire, on devait tout naturellement faire fléchir la règle qui défend à la femme d'ester en justice sans autorisation. A quoi bon exiger une autorisation qui ne saurait être refusée ?

Il reste à expliquer comment la femme, qui peut sans autorisation défendre à une action criminelle, ne peut pas sans autorisation défendre à une action civile. La défense n'est-elle pas de droit naturel en matière civile comme en matière criminelle, et n'aurait-on pas dû par conséquent, quelle que soit la nature de l'action, permettre à la femme défenderesse de plaider sans autorisation ? — Il peut se faire que la femme, contre laquelle une action est intentée en matière civile, ait intérêt à transiger, si c'est possible, ou même à acquiescer purement et simplement à la prétention de son adversaire, plutôt qu'à soutenir un procès qu'elle doit certainement perdre ; on conçoit donc que la loi ne lui permette pas de s'engager, sans autorisation, dans un débat que son intérêt bien entendu peut lui commander d'éviter à tout prix. Tout autre est la situation de la femme poursuivie en matière criminelle : si elle n'est pas coupable, elle a intérêt à se défendre pour prouver son innocence, et si elle est coupable elle a intérêt encore à se défendre pour tâcher d'obtenir une atténuation de peine.

\* 604. L'article 216 parle de la femme poursuivie *en matière criminelle*, il fait allusion par conséquent au cas où elle est aux prises avec l'action publique résultant d'une infraction qu'elle a commise. Mais cette infraction peut donner lieu aussi à une action civile. Si cette action est intentée contre la femme, aura-t-elle besoin d'une autorisation pour y défendre ?

L'affirmative ne paraît pas douteuse, si l'action civile est intentée contre la femme *par voie principale* devant les tribunaux civils. Nous ne sommes plus ici « en matière criminelle ou de police », nous sommes par conséquent en dehors de l'exception établie par l'article 216 ; donc nous rentrons dans la règle, et il y a d'autant plus lieu de l'appliquer qu'on ne verrait aucun motif pour y déroger.

C'est la négative au contraire qu'il faudrait admettre, si l'action civile était intentée contre la femme devant le tribunal criminel déjà saisi de l'action publique et incidemment à cette action. L'action civile est ici une dépendance de l'action publique, et puisque la femme a qualité pour défendre à l'action publique sans être autorisée, elle a qualité par cela même pour défendre sans autorisation à l'action civile. L'article 359, I. Cr. fortifie cette solution. La faculté qu'il accorde au particulier lésé par l'infraction d'intenter l'action civile incidemment à l'action publique *jusqu'au jugement*, serait souvent illusoire, si l'action ne pouvait être régulièrement intentée que contre la femme dûment autorisée.

La question devient plus délicate au cas où l'action civile est intentée directement et principalement contre la femme devant le tribunal de police correctionnelle (I. Cr. 482) ou devant le tribunal de simple police (I. Cr. 445). Ce qui peut faire illu-

sion, c'est que, l'action étant intentée devant un tribunal criminel et le ministère public pouvant d'ailleurs intervenir au cours du débat pour intenter l'action publique, l'instance a les apparences d'une instance criminelle, et il semble par suite qu'on se trouve dans le cas de l'exception prévue par l'article 216 : ce qui conduirait à dire que la femme peut défendre à l'action sans autorisation. Mais si l'on y regarde de près, on voit que, si la femme est poursuivie dans l'espèce devant un tribunal criminel, elle n'est pas pour cela poursuivie criminellement, mais seulement civilement, au moins tant que le ministère public n'a pas intenté l'action publique. Or, pour qu'il y ait lieu à l'exception introduite par l'article 216, il faut que la femme soit l'objet de poursuites criminelles ; donc on est en dehors de l'exception ; par suite on rentre dans la règle qui exige l'autorisation. Qu'importe que le ministère public puisse au cours des débats exercer l'action publique ? Pour le moment cette action n'est pas exercée, et on ignore si elle le sera jamais. La femme n'est donc poursuivie que civilement ; par suite elle doit être autorisée. D'ailleurs la femme peut avoir intérêt à ne pas défendre sur l'action civile et à transiger avec son adversaire pour éviter d'éveiller les soupçons du ministère public qui, éclairé par les débats, exercera peut-être l'action publique. C'est une raison de plus pour ne pas permettre à la femme de s'engager sans autorisation dans un débat de cette importance.

En résumé la femme n'a pas besoin d'autorisation pour défendre à l'action civile intentée devant les tribunaux criminels incidemment à l'action publique dont ils sont déjà saisis. Dans tous les autres cas, la femme ne peut sans autorisation défendre à l'action civile intentée contre elle.

Il va de soi que, si la femme au lieu d'être défenderesse à l'action civile était demanderesse, elle ne pourrait en aucun cas exercer l'action sans autorisation.

#### B. De l'incapacité de la femme mariée relativement aux actes extrajudiciaires.

605. On oppose les actes *extrajudiciaires* aux *actes judiciaires*, c'est-à-dire aux instances. L'incapacité de la femme mariée s'applique en principe aux uns comme aux autres. L'article 217 indique toute une série d'actes extrajudiciaires, et des plus importants, que la femme mariée ne peut pas accomplir sans autorisation : « *La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.* »

*Même non commune.* Ces mots méritent ici la même critique que dans l'article 215.

Étudions chacun des termes de l'énumération présentée par notre article. La femme ne peut pas sans autorisation :

1° « *Donner* », c'est-à-dire faire des donations entre vifs. La donation entre vifs dépouille le donateur sans compensation : ce qui a fait dire à nos anciens en parlant du donateur : « *Donare est perdere* », et en parlant du donataire : « *Il n'est si bel acquêt que de don* ». La donation est donc un des actes qui peuvent le plus gravement compromettre le patrimoine de la femme, et on comprend que la loi ne lui ait pas permis de l'accomplir sans autorisation.